



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Das Zweitwohnungsgesetz

Alig, Jonas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-104815>
Journal Article
Published Version

Originally published at:
Alig, Jonas (2014). Das Zweitwohnungsgesetz. Jusletter, (01.12.2014):1-21.

Jonas Alig

Das Zweitwohnungsgesetz

Im Rahmen der Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative wäre der Gesetzgeber gehalten, die Zielsetzung von Art. 75b BV zu verwirklichen, wonach der Zweitwohnungsanteil in sämtlichen Gemeinden 20 Prozent nicht überschreiten darf. Stattdessen beschränkt er sich weitgehend darauf, Ausnahmen zum verfassungsmässigen Zweitwohnungsverbot zu definieren. An vielen Stellen überschreitet er dabei seinen Regelungsspielraum deutlich. Der Autor betrachtet und analysiert das Zweitwohnungsgesetz in der vom Ständerat verabschiedeten Fassung.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Bau- und Raumplanungsrecht. Bodenrecht; Übriges

Verfassungsrecht; Bund und Kantone

Zitiervorschlag: Jonas Alig, Das Zweitwohnungsgesetz, in: Jusletter 1. Dezember 2014

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verfassungsgrundlage
- III. Das Zweitwohnungsgesetz
 - 1. Aufbau/Systematik
 - 2. Grundkonzeption
 - a. Zweitwohnungsbegriff
 - b. Wohnungsinventar und Zweitwohnungsverbot
 - c. Aufgaben und Kompetenzen der Kantone
 - 3. Erstellung «warmer Betten»
 - a. Einliegerwohnungen
 - b. Strukturiert bewirtschaftete Wohnungen
 - c. «Vertriebsplattform-Wohnungen»
 - 4. Erstellung neuer «kalter Betten»
 - a. Durch strukturierte Beherbergungsbetriebe
 - b. Gestützt auf einen projektbezogenen Sondernutzungsplan
 - c. Gestützt auf Vorabklärungen
 - d. Im Rahmen einer Kontingentierung
 - 5. Umwandlung in «kalte Betten»
 - a. Innerhalb der Bauzonen
 - b. Ausserhalb der Bauzonen
 - 6. Umgang mit bestehenden Wohnungen
 - a. Grundsatz
 - b. Erweiterte Besitzstandsgarantie
 - 7. Sistierungsmöglichkeit
 - 8. Vollzug, Strafbestimmungen und Intertemporalrecht
 - a. Vollzug
 - b. Strafbestimmungen
 - c. Intertemporalrecht
- IV. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Am 25. September 2014 hat sich der Ständerat als Erstrat mit der Umsetzungsgesetzgebung des durch die Annahme der Zweitwohnungsinitiative geschaffenen Art. 75b der Bundesverfassung (BV) auseinandergesetzt. Vonseiten der Medien¹ und der Wissenschaft² wurde die ständerätliche Arbeit äusserst kritisch aufgenommen. Im Rahmen dieses Beitrags wird der aktuelle Stand der Umsetzung aufgezeigt. Dazu soll das Zweitwohnungsgesetz (ZWG) — in der vom Ständerat verabschiedeten Fassung³ — betrachtet und mit Blick auf Verfassungsmässigkeit und Praktikabilität analysiert werden. Die Änderungen zum bundesrätlichen Entwurf (E-ZWG)⁴ werden dabei beleuchtet, soweit sie relevant sind.

¹ Vgl. «Zurück an den Start bei den Zweitwohnungen», NZZ 20. September 2014, S. 23; «Grenzwertiges Gesetz», NZZ 26. September 2014, S. 9; «Missachtung des Volkswillens», Tages Anzeiger 26. September 2014, S. 4; «Gefährliches Spiel», Die Südostschweiz — Ausgabe Graubünden 26. September 2014, S. 1.

² Vgl. ALAIN GRIFFEL, Zweitwohnungen — schamloser Verfassungsbruch, in: NZZ 24. Oktober 2014, S. 23.

³ ZWG, Fahne Herbstsession 2014 Beschluss Ständerat (www.parlament.ch > Suche > 14.023 > Anträge/Fahnen).

⁴ Entwurf des Bundesrats zum Zweitwohnungsgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2325.

II. Verfassungsgrundlage

[Rz 2] Mit der Zweitwohnungsinitiative wurden raumplanerische, ökologische und sozioökonomische Ziele verfolgt. Art. 75b BV soll überdimensionierte und meist leer stehende Infrastrukturen verhindern («kalte Betten»), eine verschwenderische Bodennutzung zügeln und den die lokale Bevölkerung verdrängenden Effekt steigender Boden- und Wohnungspreise abwehren.⁵

[Rz 3] Der Verfassungsartikel 75b — der den Zweitwohnungsanteil in einer Gemeinde auf 20 Prozent beschränkt — ist in seinem «harten Kern» direkt anwendbar: das in Art. 75b Abs. 1 BV enthaltene Verbot des Erstellens «kalter Betten» findet unmittelbare Anwendung.⁶ Daneben steht ein weitreichender Gesetzgebungsauftrag. National- und Ständerat haben die Zielsetzung von Art. 75b BV zu verwirklichen. Dabei dürfen sie eigene Wertungen vornehmen⁷; sie müssen sich aber an den von Art. 75b BV gesetzten Rahmen halten. Mit Art. 75b Abs. 1 BV besteht eine umfassende, nachträglich derogatorische Bundeskompetenz zur Beschränkung von Zweitwohnungen.⁸

[Rz 4] Im Rahmen von Art. 75b BV ist der Gesetzgeber mit zweierlei Zielsetzungen konfrontiert. Er hat einerseits den programmatischen Gehalt der konditionalen Zweitwohnungsbeschränkung umzusetzen: Wenn der Tatbestand mit mindestens einer der Tatbestandsvarianten (Anteil von 20 Prozent hinsichtlich des Gesamtbestands der Wohneinheiten oder hinsichtlich der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde) erfüllt ist, tritt die Rechtsfolge ein, dass sich der Zweitwohnungsanteil nicht weiter erhöhen darf. Was über den «harten Kern» hinausgeht, hat der Gesetzgeber umzusetzen (z.B. das Verbot der Umnutzung «warmer Betten» in «kalte Betten»⁹). Daneben besteht andererseits die finale Zweitwohnungsbeschränkung. Aus der Formulierung «höchstens» in Art. 75b Abs. 1 BV ergibt sich, dass der Gesetzgeber bzw. die Gemeinden mit hohem Zweitwohnungsanteil gehalten sind, Vorkehrungen zu treffen, dass die Obergrenze von 20 Prozent erst gar nicht erreicht wird.¹⁰ Zudem sind für Gemeinden mit überschüssendem Zweitwohnungsanteil Massnahmen bzw. Anreize zur Senkung des Anteils «kalter Betten» (z.B. Massnahmen zur besseren Auslastung von Zweitwohnungen) vorzusehen.¹¹

[Rz 5] Art. 75b BV ist zwar Teil der gesamten Verfassung geworden und in diesem Kontext ausulegen. Er steht aber stabil zwischen verstärkenden¹² und abmildernden¹³ Verfassungszielen.¹⁴

⁵ Botschaft Zweitwohnungsinitiative, BBl 2008 8757, S. 8765.

⁶ BGE 139 II 243E. 10.5.

⁷ Vgl. BGE 139 II 243E. 10.5.

⁸ BERNHARD WALDMANN, in: Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2013, 123 ff., S. 136; ALEXANDER RUCH, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung — St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 75b Rz. 24.

⁹ Vgl. ALAIN GRIFFEL, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative — eine Zwischenbilanz, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2014, 59 ff., S. 74 f.

¹⁰ Vgl. WALDMANN(Fn. 8), S. 136.

¹¹ WALDMANN(Fn. 8), S. 135. Vgl. RUCH(Fn. 8), Art. 75b Rz. 32.

¹² Grundsatz der Nachhaltigkeit (Art. 73 BV), Gebot der haushälterischen Bodennutzung (Art. 75 Abs. 1 BV) sowie Natur- und Landschaftsschutz (Art. 78 Abs. 2 BV).

¹³ Eigentums-garantie (Art. 26 Abs. 1 BV), Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 36 Abs. 3 BV), Vertrauensschutz (Art. 9 BV), evtl. Grundsatz der Rücksichtnahme auf die Berggebiete (Art. 50 Abs. 3 BV).

¹⁴ GRIFFEL(Fn. 9), S. 76 f.

III. Das Zweitwohnungsgesetz

1. Aufbau/Systematik

[Rz 6] Das Gesetz besteht aus 28 Artikeln, die in 8 Kapitel gegliedert sind. Das ZWG definiert den Zweitwohnungsbegriff und die Berechnung des Zweitwohnungsanteils. Abgesehen davon stellt es im Wesentlichen eine von Vollzugs- und Strafbestimmungen flankierte Ausnahmeregelung von der verfassungsmässigen Zweitwohnungsbeschränkung dar.¹⁵ Die vom Bundesrat am 22. August 2012 erlassene Verordnung über Zweitwohnungen¹⁶ hat sich bezüglich Aufbau und Inhalt als stark präjudizierend erwiesen.¹⁷

2. Grundkonzeption

a. Zweitwohnungsbegriff

[Rz 7] Art. 2 ZWG regelt den Zweitwohnungsbegriff (negativ) über den Erstwohnungsbegriff. Dazu wird in Abs. 1 der Begriff der Wohnung definiert. Gemäss Abs. 2 hat eine Wohnung als Erstwohnung zu gelten, wenn sie von jemandem genutzt wird, der gemäss Einwohnerregister seinen Hauptwohnsitz in der Gemeinde hat¹⁸; auf die Eigentumsverhältnisse kommt es damit nicht an. Abs. 3 nennt Wohnungen, die den Erstwohnungen gleichgestellt werden. Dazu zählen («nicht-touristische») Wohnungen, die eine hohe Nutzungsintensität aufweisen¹⁹, («nicht-touristische») Wohnungen, deren Typus auf eine hohe Nutzungsintensität schliessen lässt²⁰, sowie Leerwohnungen²¹.

[Rz 8] Als Zweitwohnungen gelten demzufolge diejenigen Wohnungen, die keine Erstwohnungen sind und ihnen auch nicht gleichgestellt sind. Der Zweitwohnungsbegriff erweist sich bezogen auf die Art der Nutzung als weit. Erfasst werden im Grundsatz sowohl Zweitwohnungen, die touristischen Zwecken dienen, als auch «nicht-touristisch» bzw. zu Arbeits- oder Studienzwecken genutzte. Dies macht insofern Sinn, als dies mit einem allgemeinsprachlichen Verständnis ebenso übereinstimmt wie mit einem historischen: In den Abstimmungserläuterungen des Bundesrates waren als Zweitwohnungen explizit auch Wohnungen von Berufstätigen in Städten und Agglomerationen erwähnt.²²

[Rz 9] Während aber — wie gesehen — gewisse intensiv genutzte bzw. als intensiv genutzt geltende «nicht-touristische» Zweitwohnungen den Erstwohnungen gleichgestellt werden, erweist sich der Zweitwohnungsbegriff auch in Bezug auf die Nutzungsintensität von touristisch genutzten

¹⁵ Wobei sich aber manche Ausnahmen aus dem weit gewählten Zweitwohnungsbegriff ergeben (vgl. BERNHARD WALDMANN, *Die Zweitwohnungsverordnung*, in: Jusletter 10. Dezember 2012, Rz 27).

¹⁶ Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012, SR 702.

¹⁷ Vgl. aber WALDMANN (Fn. 15), Rz 45.

¹⁸ «[E]ine Wohnung, die von mindestens einer Person genutzt wird, die gemäss Artikel 3 Buchstabe b des Registerharmonisierungsgesetzes vom 23. Juni 2006 (SR 431.02) in der Gemeinde, in der die Wohnung liegt, niedergelassen ist.»

¹⁹ Z.B. Zu Erwerbs- oder Studienzwecken dauernd bewohnte Wohnungen (lit. a) oder von Asylsuchenden bzw. diplomatischem Personal bewohnte Wohnungen (lit. c).

²⁰ Z.B. durch Unternehmen zur kurzzeitigen Unterbringung von Personal genutzte Wohnungen (lit. f) oder Dienstwohnungen (lit. g).

²¹ «Seit weniger als zwei Jahren leer stehen, bewohnbar sind und zur dauernden Miete oder zum Kauf angeboten werden (Leerwohnungen)» (lit. d).

²² Erläuterungen des Bundesrates zur Abstimmung vom 11. März 2012, S. 5.

Zweitwohnungen als weit. Diese werden unabhängig von der Häufigkeit ihrer Nutzung erfasst.²³ Das überzeugt, sagt aber nichts über die Zulässigkeit gewisser Ausnahmen aus: Historisch-teleologisch betrachtet ging es mit der Zweitwohnungsinitiative vor allem um das Verhindern der negativen (raumplanerischen, ökologischen und sozioökonomischen) Auswirkungen «kalter Betten».²⁴

b. Wohnungsinventar und Zweitwohnungsverbot

[Rz 10] Art. 4 ZWG setzt den Art. 75b Abs. 2 BV inhärenten Gesetzgebungsauftrag um, wonach die Gemeinden zu verpflichten sind, jährlich einen Erstwohnungsanteilplan und den Stand seines Vollzugs zu veröffentlichen. Auf Gesetzesstufe wird eine andere Terminologie verwendet: Das ZWG wählt die Bezeichnung «Wohnungsinventar». Auf dessen Grundlage legt der Bund gemäss Art. 5 ZWG den Zweitwohnungsanteil als Anteil der Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohnungen fest. Den Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen können von Gemeinden gesondert aufgeführt und den Erstwohnungen zugerechnet werden (Art. 4 Abs. 3 ZWG).

[Rz 11] Damit stellt das ZWG bei der Berechnung der für das Verbot relevanten Quote nur auf die erste Tatbestandsvariante des «Gesamtbestands der Wohneinheiten» ab. Auf die Umsetzung der von Art. 75b Abs. 1 BV statuierten zweiten Tatbestandsvariante der «für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche» wird verzichtet. In der Botschaft zum ZWG begründet der Bundesrat dies mit dem Mangel einer einheitlichen Definition²⁵, dem hohen Aufwand und dem geringen Nutzen einer Ermittlung. Zudem wird von der Annahme ausgegangen, dass Zweitwohnungen in der Regel weniger Wohnfläche aufweisen als Erstwohnungen. Dem Kriterium solle dafür mit der Beschränkung der Erweiterungsmöglichkeit bestehender Wohnungen Rechnung getragen werden (siehe aber Rz 53).²⁶ Der ersatzlose Verzicht ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch²⁷; insbesondere ist wenig verständlich, warum nicht stattdessen auf die vom ZWG mehrfach verwendete Hauptnutzfläche abgestellt wird.²⁸

[Rz 12] Art. 6 Abs. 1 ZWG statuiert ein grundsätzliches Bewilligungsverbot für Zweitwohnungen, das für Gemeinden zum Tragen kommt, deren nach Art. 5 ZWG festgestellter Zweitwohnungsanteil 20 Prozent überschreitet. Es entspricht somit im Grundsatz dem vom Bundesgericht formulierten²⁹ vorsorglichen Baubewilligungsverbot nach Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Abs. 2 BV.³⁰ In Abs. 2 werden dann aber sogleich die mannigfaltigen Ausnahmen vom Grundsatz aufgezählt.³¹

²³ Zweitwohnungen werden durchschnittlich bloss 50–60 Tage pro Jahr genutzt; es handelt sich damit regelmässig um «kalten Betten». Der Durchschnittswert bezieht sich auf ihre Gesamtzahl, bestehend aus üblicherweise wenig genutzten, gewöhnlichen Zweitwohnungen und intensiver genutzten, bewirtschafteten Zweitwohnungen (Antwort des Bundesrates vom 20. November 2013 auf die Interpellation «Auslastung von Zweitwohnungen. Verlässlichkeit der Zahlen des ARE» [13.3760] von Nationalrat Olivier Feller).

²⁴ Erläuterungen des Bundesrates (Fn. 22), S. 6.; vgl. BGE 139 II 243E. 10.5.

²⁵ Wenig überzeugend: Dieses Kriterium wird als Entsprechung des «üblichen Begriffs» der nutzbaren Bruttogeschossfläche gemäss ORL-Norm 514.420, Ziff. 1.1, verstanden (Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2287, S. 8764 f.; vgl. WALDMANN[Fn. 8], S. 134).

²⁶ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2301.

²⁷ Vgl. GRIFFEL(Fn. 9), S. 74.

²⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. c und Abs. 1^{bis}ZWG, Art. 12 Abs. 2 und 2^{bis}ZWG sowie Art. 24 Abs. 2 ZWG.

²⁹ BGE 139 II 243E. 10.5.

³⁰ Vgl. GRIFFEL(Fn. 9), S. 66.

³¹ «Vorbehalt bleibt die Erstellung neuer Wohnungen nach den Artikeln 7 Absatz 1 Buchstabe b und nach den Artikeln 9, 10 und 24.»

Neben der Erstellung von Erstwohnungen sind — auch in gesättigten Gemeinden — weiterhin erlaubt: der Bau von bewirtschafteten Zweitwohnungen (III/3.), der Bau von kalten Betten durch strukturierte Beherbergungsbetriebe (III/4.), die Umwandlung geschützter oder erhaltenswerter Bauten in «kalte Betten» (III/5.) und der auf einen Sondernutzungsplan gestützte Neubau «kalter Betten» (III/6.).

c. Aufgaben und Kompetenzen der Kantone

[Rz 13] Unter dem Titel «Aufgaben und Kompetenzen der Kantone» hält Art. 3 Abs. 1 ZWG fest: «Die Kantone legen bei Bedarf im Richtplan Massnahmen zur Förderung einer besseren Auslastung der Zweitwohnungen sowie zur Förderung von Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen fest.» Abs. 3 sieht den Grundsatz vor, dass die Kantone bei der Einschränkung der Erstellung und Nutzung von Wohnungen weiter gehen können als das ZWG.³²

[Rz 14] Damit bezweckt der Gesetzgeber zweierlei: Einerseits überlässt er so — ungeachtet der nun umfassenden Rechtsetzungskompetenz des Bundes³³ — die Regelung jeglicher über das Konkretisieren des Zweitwohnungsverbots hinausgehenden Aspekte (und gar die Einschränkung der Ausnahmeregelungen) den Kantonen. Das ZWG beschäftigt sich nicht mit der Frage, wie gesättigte Gemeinden die von Art. 75b Abs. 1 BV anvisierte Quote erreichen sollen. Es geht vor allem darum, den Kantonen und Gemeinden wieder möglichst viel Spielraum zu verschaffen.

[Rz 15] Andererseits soll damit die Zweitwohnungsregelung des Raumplanungsgesetzes ins ZWG transformiert (und wieder aufgehoben³⁴) werden. Vor Annahme der Zweitwohnungsinitiative hatte der Bundesgesetzgeber mit der Revision des Raumplanungsgesetzes (RPG) (inzwischen: Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG) versucht, in Sachen Zweitwohnungen Gegensteuer zu geben.³⁵ Die Regelung schreibt den Kantonen vor, sich im Richtplan der Problematik anzunehmen, um «ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Erst- und Zweitwohnungen sicherzustellen». Dazu sind nach Abs. 3 insbesondere Massnahmen zu ergreifen, welche die Beschränkung der Zahl neuer Zweitwohnungen (lit. a), die Förderung von Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen (lit. b) und eine bessere Auslastung von Zweitwohnungen (lit. c) bezwecken. Auch wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass Art. 75b Abs. 1 BV das ausgewogene Verhältnis definiert und lit. a als Massnahme zur Beschränkung von Zweitwohnungen obsolet werden lässt³⁶, so bleiben die Förderung von Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen sowie der besseren Auslastung von Zweitwohnungen zentrale Anliegen im Rahmen der finalen Zweitwohnungsbeschränkung nach Art. 75b Abs. 1 BV. Mit der Transformation der RPG-Bestimmungen ins ZWG schwächt der Gesetzgeber die Regelung aber wesentlich ab; denn über die Genehmigung der Richtpläne hätte der Bund auf die Kantone Einfluss nehmen können (Art. 11 Abs. 1 RPG). Nun legt er die finale

³² Abs. 2 wurde vom Ständerat gestrichen (AB 2014 S 935).

³³ Vgl. Fn. 8.

³⁴ Vgl. Art. 27 ZWG.

³⁵ Die Revision des Raumplanungsgesetzes vom 17. Dezember 2010 (Ergänzung von Art. 8 RPG durch Abs. 2 und 3 [AS 2011 2913]) war ursprünglich als flankierende Massnahme zur geplanten, vom Parlament jedoch verworfenen Aufhebung der «Lex Koller» konzipiert worden. Sie wurde in den parlamentarischen Beratungen zum indirekten Gegenvorschlag zur Zweitwohnungsinitiative uminterpretiert (Vgl. Erläuterungen des Bundesrates [Fn. 22], S. 7).

³⁶ So Bundesamt für Raumentwicklung (ARE), Erläuternder Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen vom 17. August 2012, S. 3 (www.are.admin.ch > Themen > Raumordnung und Raumplanung > Siedlung > Zweitwohnungen > Erläuternder Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen); vgl. FABIAN MÖSCHING, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014, S. 149 f.

Zweitwohnungsbeschränkung wieder völlig in die Hände der Kantone und Gemeinden.

[Rz 16] Der vom Ständerat gestrichene Abs. 2 von Art. 3 ZWG verpflichtete die Kantone und Gemeinden, dafür zu sorgen, «dass Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von höchstens 20 Prozent diesen nicht überschreiten». Die Streichung wurde mit der Ergänzung von Art. 6 Abs. 1 ZWG begründet.³⁷ Dort wird neu festgehalten: «Liegt dieser Anteil unter 20 Prozent und hätte die Erteilung einer Baubewilligung zur Folge, dass die Gemeinde den Zweitwohnungsanteil von 20 Prozent überschreiten würde, so darf die Bewilligung nicht erteilt werden.» Mit der Streichung von Abs. 2 wird aber Relevantes verkannt. Durch die Formulierung in Abs. 2 werden die Gemeinden im Rahmen der finalen Zweitwohnungsbeschränkung in die Pflicht genommen, Massnahmen zu ergreifen, damit die 20-Prozent-Grenze gar nicht erst erreicht wird. Mit Art. 6 Abs. 1 ZWG wird diesem wichtigen Aspekt nicht Rechnung getragen. Stattdessen wird eine knappe und klare Bestimmung durch eine Selbstverständlichkeit verkompliziert.³⁸

3. Erstellung «warmer Betten»

[Rz 17] Art. 7 ZWG regelt das Erstellen neuer Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung.³⁹ Eine neue Wohnung kann durch einen Neubau oder durch die Umgestaltung einer Baute, die bisher keine Wohnung umfasste, entstehen.⁴⁰ In gesättigten Gemeinden ist das Erstellen von Erstwohnungen bzw. ihnen gleichgestellten Wohnungen (Abs. 1 lit. a) oder bewirtschafteten Zweitwohnungen (Abs. 1 lit. b) erlaubt.⁴¹

[Rz 18] Auch bewirtschaftete Zweitwohnungen stellen zweifellos Zweitwohnungen dar. Sie sollen aber dennoch zulässig sein, weil es der Initiative vor allem um das Verhindern «kalter Betten» ging.⁴² Diese Sichtweise ist zwar nicht zwingend⁴³, aber mit Blick auf den Abstimmungs-Diskurs — der im Rahmen der historisch-teleologischen Auslegung von Art. 75b BV berücksichtigt werden kann — plausibel.

[Rz 19] Im Rahmen des ZWG sind drei verschiedene Typen touristisch bewirtschafteter Wohnungen vorgesehen: Einliegerwohnungen, strukturiert bewirtschaftete Wohnungen und «Vertriebsplattform-Wohnungen». Gemeinsam ist ihnen die Voraussetzung, dass sie «dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten» werden (Art. 7 Abs. 2 erster Teilsatz ZWG). Vorausgesetzt wird bloss, dass die Wohnungen «dauerhaft angeboten», und nicht, dass sie tatsächlich als «warme Betten» genutzt werden. Darunter ist zu verstehen, dass die Wohnungen insbesondere auch während der Hauptsaison zur Verfü-

³⁷ Vgl. Votum Ivo Bischofberger (AB 2014 S 934f.).

³⁸ Einerseits hätte sich das Verbot der Erteilung einer Baubewilligung in diesem Einzelfall auch aus der ursprünglichen, klaren Formulierung ergeben. Andererseits wird diese spezifische Frage kaum je praxisrelevant sein.

³⁹ Die spezifische Nutzungsbeschränkung wird im Rahmen der Baubewilligung angeordnet (Abs. 3) und unmittelbar nach Rechtskraft der Baubewilligung als Revers im Grundbuch angemerkelt (Abs. 4).

⁴⁰ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2303.

⁴¹ Der Wechsel der Nutzung zwischen Erstwohnung nach Art. 7 Abs. 1 lit. a ZWG und touristisch bewirtschafteter Wohnung sowie der Wechsel innerhalb der Nutzungskategorien nach Art. 7 Abs. 2 ZWG bedürfen einer Baubewilligung (Art. 14 ZWG).

⁴² Vgl. Fn. 24.

⁴³ Im Rahmen einer (engeren) grammatikalischen und systematischen Auslegung wäre zumindest auch eine andere Sichtweise vertretbar (Vgl. ARE [Hrsg.], Zweitwohnungen: Planungshilfe für die kantonale Richtplanung, Bern 2010, S. 8). Vgl. auch RUCH(Fn. 8), Art. 75b Rz. 39.

gung zu stehen haben. Markt- und ortsüblich zu sein haben die Ausgestaltung und die finanziellen Konditionen — die Wohnungen müssen «attraktiv sein und den lokalen Preisverhältnissen Rechnung tragen».⁴⁴

[Rz 20] Inwiefern diese gemeinsame Voraussetzung eine Charakterisierung darstellt, die im Rahmen der Baubewilligungserteilung prospektiv einzuschätzen ist, oder ob ihre Einhaltung mit regelmässigen Kontrollen überprüft werden soll, ist unklar. Das ZWG und der Verordnungsentwurf (E-ZWV)⁴⁵ schweigen sich darüber genauso aus wie die Botschaft. Es erscheint mit Blick auf das mögliche «Erkalten warmer Betten» jedenfalls problematisch, dass der Gesetzgeber davon absieht, Instrumente zur Kontrolle der Einhaltung der Voraussetzungen während der Nutzung bzw. Betriebsphase zu definieren.⁴⁶

a. Einliegerwohnungen

[Rz 21] Das Errichten von Einliegerwohnungen ist nach Art. 7 Abs. 2 lit. a ZWG zulässig, wenn sich diese im selben Gebäude befinden, in dem der Eigentümer bzw. die Eigentümerin den Hauptwohnsitz hat. Die Wohnungen lassen sich «beim Neubau» erstellen und sind rechtlich an die Erstwohnung geknüpft. Gemäss Botschaft sind maximal vier Wohnungen zulässig; denn nur bis zu dieser Zahl soll es den Ortsansässigen möglich sein, die im Rahmen dieser Beherbergungsform für sie vorgesehene «aktive Gastgeberrolle» zu übernehmen.⁴⁷

[Rz 22] Mit Blick auf die Ziele von Art. 75b BV erscheint es sinnvoll, dass hier neue Zweitwohnungen nicht unabhängig von Erstwohnungen entstehen können. Es fragt sich jedoch, wie sichergestellt bzw. kontrolliert werden soll, dass es sich dabei tatsächlich um intensiv genutzte, «warme Betten» handelt. In den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf des ZWG hiess es noch, dass im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens nachzuweisen sei, dass die Wohnungen «auf einer geeigneten Vertriebsplattform angeboten werden, die zu einer hohen Auslastung führt».⁴⁸ Dieses Verständnis wurde aber — wie im Zuge des Vernehmlassungsverfahrens von mehreren Kantonen gefordert⁴⁹ — im Rahmen der Botschaft fallengelassen.⁵⁰ In Anbetracht der aktuellen rechtlichen Ausgestaltung scheint es nicht unwahrscheinlich, dass Einliegerwohnungen regelmässig nur an Einzelne vermietet und als «kalte Betten» genutzt werden.⁵¹

⁴⁴ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2303.

⁴⁵ ARE, Entwurf Verordnung über Zweitwohnungen (www.are.admin.ch > Themen > Raumordnung und Raumplanung > Siedlung > Zweitwohnungen > Verordnung über Zweitwohnungen [Entwurf]).

⁴⁶ Vgl. WALDMANN (Fn. 15), Rz 37.

⁴⁷ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2303.

⁴⁸ ARE, Erläuterungen zum Entwurf Bundesgesetz über Zweitwohnungen, S. 6 (www.are.admin.ch > Themen > Raumordnung und Raumplanung > Siedlung > Zweitwohnungen > Erläuterung zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen [Entwurf]).

⁴⁹ Vgl. Ergebnisbericht Vernehmlassung Entwürfe Zweitwohnungsgesetz und -verordnung, S. 9 (www.are.admin.ch > Themen > Raumordnung und Raumplanung > Siedlung > Zweitwohnungen > Ergebnisbericht Vernehmlassung Entwürfe Zweitwohnungsgesetz und -verordnung).

⁵⁰ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2303.

⁵¹ Vgl. auch die Kritik von EMANUEL DETTWILER, Der Entwurf des Zweitwohnungsgesetzes — Die Ausnahme als Regel, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 2014, 341 ff., S. 343.

b. Strukturiert bewirtschaftete Wohnungen

[Rz 23] Eine Wohnung, die «nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers oder der Eigentümerin zugeschnitten ist und im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet wird», kann als sog. strukturiert bewirtschaftete Wohnung errichtet werden (Art. 7 Abs. 2 lit. b ZWG). Als strukturierte Beherbergungsbetriebe gelten Hotels und Betriebe mit einem hotelähnlichen Betriebskonzept, minimalen Infrastrukturen (z.B. einer Rezeption) und einer minimalen Grösse.⁵²

[Rz 24] Im Rahmen dieser Bestimmung sind sowohl Wohnungen zulässig, die im Eigentum des strukturierten Beherbergungsbetriebs stehen, als auch Stockwerkeigentumsmodelle. Die Bezugnahme auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers bzw. der Eigentümerin in lit. b ist im Kontext Letzterer zu verstehen. Mit Blick auf übrige strukturierte Beherbergungsbetriebe würde die Einschränkung, dass die Wohnung nicht auf einen bestimmten Nutzer ausgerichtet sein soll, mehr Sinn machen.⁵³ Jedenfalls müssen die Wohnungen «einheitlich» sein oder auf einem «gemeinsamen Konzept» gründen.⁵⁴ Mit beiden Arten der strukturierten Beherbergungsbetriebe kompatibel wäre die in der Botschaft erwähnte Beschränkung der Eigennutzung (bzw. Nutzung durch Freunde und Bekannte) auf drei Wochen während der Hauptsaison, die sich so aber weder direkt aus dem ZWG noch aus dem Verordnungsentwurf ergibt.⁵⁵ Allenfalls liesse sie sich — für den Fall, dass genügend Nachfrage besteht — aus dem gemeinsamen Kriterium ableiten, dass die Wohnungen «dauerhaft» zur «Nutzung durch Gäste» anzubieten sind (vgl. Rz 19).

[Rz 25] Bei Stockwerkeigentumsmodellen muss — zur Verhinderung der Spekulation — sichergestellt werden, dass sie nicht auch ohne «Inanspruchnahme von Hoteldienstleistungen» genutzt werden können und dass «die Erwerber langjährige Bewirtschaftungsverträge mit dem Betreiber abschliessen».⁵⁶ Gemäss Art. 5 lit. d E-ZWV wird deshalb verlangt, die «Nutzung als einheitliche[n] Betrieb rechtlich und wirtschaftlich sicherzustellen». Wie das konkret zu geschehen hat, ist unklar. Denkbar wären Einschränkungen der baulichen Ausgestaltung (z.B. keine Küche) sowie die Baubewilligungserteilung unter der Auflage, (vor Baubeginn) einen Bewirtschaftungsvertrag vorzulegen, genehmigen zu lassen und schliesslich im Grundbuch anzumerken: Dafür bedarf es allerdings einer klareren gesetzlichen Grundlage. Bisherige Erfahrungen zeigen zudem deutlich, dass eine Grundbuchanmerkung der Bewirtschaftungsverträge nicht ausreicht.⁵⁷ Ohne Kontrollen der Bewirtschaftungsauflagen während der Betriebsphase lassen sich Missbräuche weder verhindern, noch ahnden.⁵⁸

[Rz 26] Es muss somit konstatiert werden, dass die statuierten Voraussetzungen mit Blick auf das Verhindern des «Erkaltens» der Betten im Rahmen von Stockwerkeigentumsmodellen nicht ausreichen.

⁵² Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2303 f. Ab welcher Anzahl der Wohnungen eine minimale Grösse erreicht ist, bleibt unklar.

⁵³ DETTWILER(Fn. 51), S. 344.

⁵⁴ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2304.

⁵⁵ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2304.

⁵⁶ ARE, Erläuterungen zum Entwurf Verordnung über Zweitwohnungen, S. 1 (www.are.admin.ch> Themen > Raumordnung und Raumplanung > Siedlung > Zweitwohnungen > Erläuterung zur Verordnung über Zweitwohnungen [Entwurf]).

⁵⁷ ANDREAS DEUBER/PETER TROMM, Apparthotels im Kanton Graubünden — Analyse und Erkenntnisse im Hinblick auf andere bewirtschaftete Beherbergungsformen, Chur 2012, S. 24, 34.

⁵⁸ DEUBER/TROMM(Fn. 57), S. 37.

c. «Vertriebsplattform-Wohnungen»

[Rz 27] Ebenfalls erlaubt wird das Erstellen einer Wohnung, die «aufgrund ihrer Charakteristik tatsächlich vermietbar ist» und «auf einer kommerziell bewirtschafteten Vertriebsplattform angeboten wird» (Art. 7 Abs. 2 lit. c ZWG). Eine solche Wohnung muss gemäss Bundesrat «in der Regel» über ein Online-Reservationssystem buchbar sein.⁵⁹ Die Voraussetzung, dass sie nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers zugeschnitten sein darf, wurde vom Ständerat ebenso gestrichen wie das Erfordernis einer Qualitätszertifizierung und die Begrenzung der zeitlichen Beanspruchung durch den Eigentümer bzw. die Eigentümerin (die Wohnung sollte ursprünglich «in der Hauptsaison grösstenteils verfügbar» sein, worunter der Bundesrat eine Beschränkung der Eigennutzung auf maximal drei Wochen versteht⁶⁰). Keine Rolle spielt auch die Frage, ob die Wohnung effektiv vermietet wird.⁶¹ Dies alles soll gemäss den Voten im Ständerat aber kein Einfallstor für Missbräuche darstellen, sondern die Ausgestaltung auf Verordnungsstufe flexibler gestalten.⁶²

[Rz 28] «Vertriebsplattform-Wohnungen» haben zusätzlich den Voraussetzungen von Art. 8 ZWG zu genügen. Die ursprünglich im bundesrätlichen Entwurf statuierten ergänzenden Voraussetzungen wurden vom Ständerat auf folgenden Satz reduziert: «Im kantonalen Richtplan können gestützt auf eine kantonale Raumentwicklungsstrategie und ein kantonales touristisches Entwicklungskonzept Gebiete bezeichnet werden, in denen Wohnungen nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c zulässig sind.» Das kantonale touristische Entwicklungskonzept — welches mit der kantonalen Rahmenentwicklungsstrategie⁶³ übereinstimmen muss — soll ausweisen, dass dieser Wohnungskategorie für die touristische Entwicklung eine hohe Bedeutung zukommt.⁶⁴ Der Bundesrat hat den Richtplan schliesslich zu genehmigen (Art. 11 Abs. 1 RPG).

[Rz 29] Ersatzlos gestrichen wurden Kriterien für die Richtplan-Festsetzung der Ausscheidung von Gebieten, wo «Vertriebsplattform-Wohnungen» zulässig sind⁶⁵ (Abs. 2) sowie der ursprünglich statuierte Grundsatz der Subsidiarität, wonach Neubauten nur bewilligt werden dürfen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass bestehende Zweitwohnungen für das neue Beherbergungsangebot nicht genutzt werden können (Abs. 3). Anders als im bundesrätlichen Entwurf soll die Möglichkeit, diese Wohnkategorie vorzusehen, nicht bloss auf die «nicht intensiv genutzten» Tourismusgebiete beschränkt sein, sondern es soll die «flächendeckende Möglichkeit» bestehen, neue Ferienwohnungen zu schaffen.⁶⁶

[Rz 30] Im Zusammenhang mit «Vertriebsplattform-Wohnungen» ist zu Recht von «halbwarmen Betten» die Rede.⁶⁷ Ohne materielle Kriterien, griffige Kontrollvorschriften und weitere Voraus-

⁵⁹ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2304.

⁶⁰ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2304.

⁶¹ Vgl. aber: ARE, Erläuternder Bericht (Fn. 36), S. 11.

⁶² Vgl. Votum Ivo Bischofberger (AB 2014 S 935 f.).

⁶³ Damit sind die Festlegungen des Richtplans zur künftigen Entwicklung des Kantons gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a RPG gemeint (vgl. ARE, Ergänzung des Leitfadens Richtplanung vom März 2014, S. 8 [www.are.admin.ch] > Themen > Recht > Materialien zum RPG > Dossier Teilrevision RPG: indirekter Gegenvorschlag zur Landschaftsinitiative]).

⁶⁴ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2305.

⁶⁵ Dies wirkt sich insofern auch auf die Genehmigung der Richtpläne durch den Bundesrat aus, als der Bundesrat auf eine Rechtskontrolle beschränkt ist und im Genehmigungsverfahren damit die Prüfungsmassstäbe entfallen (vgl. BERNHARD WALDMANN / PETER HÄNNI, Stampfli's Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 11 Rz. 11).

⁶⁶ Vgl. Votum Ivo Bischofberger (AB 2014 S 935f.).

⁶⁷ Votum von Bundesrätin Doris Leuthard (AB 2014 S 936f.).

setzungen wie eine Mindestbelegung⁶⁸ besteht mit diesem Modell die eminente Gefahr des praktisch uneingeschränkten Neubaus «kalter Betten». Mit dem Abschieben grundlegender Entscheidungen auf den Ordnungsgeber (Art. 7 Abs. 5 lit. a ZWG) erscheint das Bild der «unkontrollierbare[n] Blackbox» nun fast schon beschönigend.⁶⁹ Abgesehen davon, dass dieses Modell — wegen seiner grossen Missbrauchsgefahr — für die Gemeinden mit einem kaum bewältigbaren Kontrollaufwand verbunden wäre, sprengt es so die Grenze des verfassungsmässig Zulässigen offensichtlich.

4. Erstellung neuer «kalter Betten»

a. Durch strukturierte Beherbergungsbetriebe

[Rz 31] Art. 9 ZWG sieht grosszügige Ausnahmen zugunsten der (Para-)Hotellerie vor. Abs. 1 lässt unter vier kumulativ zu erfüllenden Bedingungen zu, dass strukturierte Beherbergungsbetriebe neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen («kalte Betten») bauen oder Teile ihres Betriebs in solche «kalte Betten» umwandeln.⁷⁰ Die Bedingungen dafür sind, dass der Betrieb wirtschaftlich auf den Ertrag aus den kalten Betten angewiesen ist, um (weiter)geführt zu werden (lit. a), der Nachweis erbracht wird, dass der Ertrag in den Bau oder Erhalt des Betriebes fliesst (lit. b), die Hauptnutzfläche der neuen Wohnungen einen Anteil von 20 Prozent der gesamten Hauptnutzfläche der Zimmer und Wohnungen nicht übersteigt (lit. c) und die neuen Wohnungen mit dem bestehenden Betrieb eine «bauliche und funktionale Einheit bilden»; es sei denn, dass Gründe des Ortsbild- oder Denkmalschutzes dagegen sprechen (lit. d). Diese Wohnungen dürfen vermietet oder verkauft werden.⁷¹

[Rz 32] Vom Ständerat neu eingefügt wurden die Absätze 1^{bis} und 1^{ter}. Nach 1^{bis} soll die Hauptnutzfläche neuer Wohnungen einen Anteil von 33 Prozent betragen dürfen, wenn die Wohnungen zwar als «kalte Betten» vermietet, nicht aber veräussert werden. Abs. 1^{ter} möchte das Verhältnis klären, wenn sowohl Wohnungen «nach Absatz 1» als auch solche nach Abs. 1^{bis} erstellt werden; gemeint sind mit Letzterem offenbar Wohnungen, die nicht veräussert werden. Mit einer technokratisch formulierten und kaum verständlichen Berechnungsmethode soll sichergestellt werden, dass sich der Höchstanteil von 33 Prozent verringert, wenn auch Wohnungen «nach Absatz 1» gebaut werden. Es ist davon auszugehen, dass in diesem Fall diese 33 Prozent als Höchstanteil für die Erstellung beider Wohnungen gelten, reduziert «um den Wert, der sich daraus ergibt, dass der Quotient aus der Fläche der Wohnungen nach Absatz 1 und der Summe der Flächen der Wohnungen nach den Absätzen 1 und 1^{bis} mit 13 Prozent multipliziert wird».⁷²

[Rz 33] Die Ausnahmeregel nach Abs. 1 und 1^{bis} erweist sich als klar verfassungswidrig. Die Möglichkeit, neue «kalte Betten» zu erstellen, verletzt den unmittelbar anwendbaren «harten Kern» von Art. 75b Abs. 1 BV⁷³, stellt also nicht bloss eine Nichtumsetzung eines Gesetzgebungsauftra-

⁶⁸ Vgl. DETTWILER(Fn. 51), S. 344.

⁶⁹ GRIFFEL(Fn. 9), S. 78.

⁷⁰ Es rechtfertigt sich insofern Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen als «kalte Betten» zu bezeichnen, als dass sie sich als überwiegend leer stehende Zweitwohnungen nutzen lassen.

⁷¹ Botschaft ZWG (Fn. 25); S. 2307.

⁷² Vgl. Votum Ivo Bischofberger (AB 2014 S 942).

⁷³ BGE 139 II 243E. 10.5.

ges dar. In diesem Bereich hat der Gesetzgeber somit keinen Regelungsspielraum. Die Erhaltung unrentabler Hotels muss mit anderen Mitteln gefördert werden.⁷⁴

[Rz 34] Vom Ständerat gestrichen wurde die verfassungsmässig ebenso problematische Möglichkeit der gesamten Umnutzung eines strukturierten Beherbergungsbetriebs in «kalte Betten»⁷⁵, die in Art. 9 Abs. 2 E-ZWG vorgesehen war. Mit Art. 10 Abs. 1 und 2 ZWG werden die Türen diesbezüglich dann aber wieder weit geöffnet (siehe Rz 41).

b. Gestützt auf einen projektbezogenen Sondernutzungsplan

[Rz 35] Im Rahmen der Übergangs- und Schlussbestimmungen statuiert Art. 24 Abs. 1 ZWG, dass Wohnungen als Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung bewilligt werden dürfen, wenn sie «Gegenstand eines projektbezogenen und mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichteten Sondernutzungsplans bilden». Voraussetzung ist, dass er vor Annahme der Zweitwohnungsinitiative rechtskräftig genehmigt wurde (lit. a) und «die wesentlichen Elemente der Baubewilligung betreffend Lage, Stellung, Grösse und Gestaltung der Bauten und Anlagen sowie deren Nutzungsart und Nutzungsmass regelt» (lit. b). Es sollen sogar noch Änderungen daran zulässig sein, wenn diese nicht den Anteil der möglichen «kalten Betten» erhöhen (Abs. 2). Die Zulässigkeit dieser Regelung wird unterschiedlich beurteilt.⁷⁶

c. Gestützt auf Vorabklärungen

[Rz 36] Ebenfalls im Rahmen der Übergangs- und Schlussbestimmungen regelt der vom Ständerat eingefügte Art. 24a ZWG, dass neue «kalte Betten» errichtet werden können, wenn die Baubewilligungsbehörde vor dem 18. Dezember 2007 «aufgrund einer hinreichend detaillierten Voranfrage eine schriftliche Antwort gegeben hat» (lit. a). Die schriftliche Antwort musste sowohl die wesentlichen Elemente der Baubewilligung — gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. b ZWG — zum Gegenstand haben als auch die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens bejahen. Weiter wird vorausgesetzt, dass die Baubewilligung ohne Verschulden des Eigentümers bzw. der Eigentümerin nicht vor dem 11. März 2012 erteilt werden konnte (lit. b) und dass die übrigen Voraussetzungen der Erteilung der Baubewilligung erfüllt sind (lit. c). Es handelt sich hier um einen wohl auf einen Einzelfall ausgerichteten Sonderfall eines gesetzlich gewährten Vertrauensschutzes, der auf den Zeitpunkt der Einreichung der Zweitwohnungsinitiative referiert.⁷⁷ Die Verbindlichkeit baurechtlicher Vorentscheide steht üblicherweise unter dem gesetzlichen Vorbehalt wesentlicher Änderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse.⁷⁸ Art. 24a ZWG steht dazu völlig quer; denn die Annahme der Zweitwohnungsinitiative führte zweifellos zu einer wesentlichen Rechtsänderung.

⁷⁴ GRIFFEL(Fn. 9), S. 78.

⁷⁵ Vgl. GRIFFEL(Fn. 9), S. 78; WALDMANN(Fn. 15), Rz 45.

⁷⁶ Kritisch: DETTWILER(Fn. 49), S. 347; eher befürwortend: WALDMANN(Fn. 15), Rz 40 ff. Vgl. auch GRIFFEL(Fn. 9), S. 79, der an der Praxisrelevanz dieser Regelung zweifelt.

⁷⁷ Vgl. Votum von Ivo Bischofberger (AB 2014 S 970).

⁷⁸ Vgl. etwa § 324 des kantonalen Gesetzes vom 7. September 1975 über Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz, PBG/ZH; LS 700.1).

d. Im Rahmen einer Kontingentierung

[Rz 37] Art. 26 Abs. 1^{bis} ZWG sieht im Rahmen der Übergangsbestimmungen eine Sonderregelung vor für Baubewilligungen, die vor dem 11. März 2012 rechtskräftig erteilt worden waren und einen zeitlichen Aufschub der Ausführung im Rahmen einer (in der Regel kommunalen oder regionalen) Kontingentierung anordnen. In diesen Fällen soll die Baubewilligungsbehörde spätestens innert zweier Jahre seit Inkrafttreten des Gesetzes die Ausführung freigeben können, wenn die Baubewilligung für den Beginn der Ausführung entweder keinen Zeitraum festsetzt oder diesen auf einen Zeitraum aufschob, der nicht später als zwei Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes endet.

5. Umwandlung in «kalte Betten»

a. Innerhalb der Bauzonen

[Rz 38] In geschützten oder erhaltenswerten Bauten innerhalb der Bauzonen können nach Art. 10 Abs. 1 ZWG neue «kalte Betten» bewilligt werden. Dazu sind kumulativ drei Kriterien zu erfüllen: Das Gebäude darf in seinem Schutzwert nicht beeinträchtigt werden, insbesondere müssen die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur des Gebäudes im Wesentlichen unverändert bleiben (lit. a); eine dauernde Erhaltung der Baute darf nicht anders sichergestellt werden können (lit. b) und es dürfen keine überwiegenden Interessen dagegenstehen (lit. c). Zudem hat die Umwandlung auch im Rahmen des (übrigen) Bundesrechts und des kantonalen Rechts zulässig zu sein (Art. 10 Abs. 4 ZWG).

[Rz 39] Der Bundesrat hatte diese Ausnahme nur für mittels individuell-konkreter Schutzanordnung unter Schutz gestellte «geschützte Baudenkmäler» vorgesehen. Ursprüngliches Anliegen von Art. 10 Abs. 1 ZWG war die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses am Denkmalschutz (Art. 78 Abs. 2 BV). Vor diesem Hintergrund erscheint es vertretbar, «kalte Betten» zuzulassen, um den Verfall eines unter Schutz gestellten Gebäudes zu verhindern.⁷⁹ In Anbetracht der hohen Anforderungen an die (Denkmal-)Schutzwürdigkeit und der damit verbundenen geringen Zahl neuer «kalter Betten» wäre dies mit Art. 75b BV vereinbar gewesen: Der Initiative ging es ausdrücklich darum, die Beeinträchtigung des Ortsbilds durch leerstehende Wohnungen zu verhindern bzw. den ursprünglichen Charakter der Ortschaften zu erhalten.⁸⁰

[Rz 40] Der Ständerat ermöglicht die Umwandlung nun «in geschützten oder erhaltenswerten Bauten». Dies ist insofern hoch problematisch, als den Kantonen und Gemeinden mit dem bundesrechtlich unbestimmten Rechtsbegriff der «erhaltenswerten Bauten» praktisch freies Ermessen eingeräumt wird.⁸¹ Die «Schutzwürdigkeit» einer Baute richtet sich nach der kantonalen Gesetzgebung über den Denkmalschutz und ist im Einzelfall durch eine Fachkommission (Denkmalpflegekommission) oder eine spezialisierte Verwaltungsabteilung festzustellen. Für die «Erhaltenswürdigkeit» gibt es hingegen keinerlei objektivierbare Kriterien. Unterhalb der Schwelle der Schutzwürdigkeit lassen sich damit unzählige neue Zweitwohnungen mit «kalten Betten»

⁷⁹ Vgl. GRIFFEL(Fn. 9), S. 79.

⁸⁰ Fondation Franz Weber/Helvetia Nostra, Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen — Ja am 11. März 2012, Argumentarium, S. 3 (www.zweitwohnungsinitiative.ch> Die Initiative > Argumentarium).

⁸¹ Zumindest bis eine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegen wird.

errichten, ohne dass sich dies mit der Zielsetzung von Art. 75b BV vereinbaren liesse.

[Rz 41] Würde die Voraussetzung von Art. 10 Abs. 1 lit. b ZWG richtig verstanden, wäre damit immerhin die vor Art. 75b BV unzulässige Umwandlung «warmer» in «kalte Betten» ausgeschlossen: bei «warmen Betten» muss grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine dauerhafte Erhaltung im bisherigen Rahmen (oder zumindest als Erstwohnungen oder touristisch bewirtschaftete Wohnungen) möglich ist.⁸² Im Ständerat wurde aber ein anderes Verständnis offenbar: Wie sich Ständerat Engler versichern liess, sollen auch Hotelbetriebe unter diese Regelung fallen können.⁸³ Damit würde das Streichen von Art. 9 Abs. 2 ZWG ad absurdum geführt, sind doch die Kriterien für eine Umwandlung nach Art. 10 Abs. 1 ZWG keineswegs restriktiver als gemäss Art. 9 Abs. 2 ZWG in der bundesrätlichen Fassung. Diese Regelung überschreitet so den Rahmen des verfassungsmässig Zulässigen.

[Rz 42] Gemäss Art. 10 Abs. 2 ZWG dürfen auch kalte Betten in «ortsbildprägenden Bauten» bewilligt werden, wenn die Kriterien von Abs. 1 erfüllt sind und «das Ortsbild bedeutend ist und im Rahmen der Nutzungsplanung oder in der gültigen Gemeinde-Bauordnung unter Schutz gestellt wurde». Als Beispiel dafür nennt die Botschaft den Eintrag im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).⁸⁴ Die Alternativvoraussetzung «in der gültigen Gemeinde-Bauordnung» wurde vom Ständerat eingefügt und wirft kein gutes Licht auf dessen raumplanungsrechtliche Fachkompetenz: Die Gemeindebauordnung ist selbstverständlich Teil der Nutzungsplanung, und dass nur eine «gültige» — gemeint wohl: in Kraft stehende — Bauordnung anwendbar ist, versteht sich wohl von selbst.⁸⁵

b. Ausserhalb der Bauzonen

[Rz 43] Art. 10 Abs. 3 ZWG statuiert eine Regelung, die auf — ausserhalb der Bauzonen liegende — Maiensässe und Rustici ausgerichtet ist. Schützenswerte Gebäude nach Art. 24d Abs. 2 RPG und Gebäude, die nach Art. 24 RPG i.V.m. Art. 39 Abs. 2—5 RPV als landschaftsprägend geschützt sind, können in «kalte Betten» umgewandelt werden. Damit muss die äusserliche Erscheinung und Grundstruktur des Gebäudes im Wesentlichen unverändert bleiben.⁸⁶ In Anbetracht der Tatsache, dass Maiensässe und Rustici auch zu landwirtschaftlichen Zwecken nicht intensiv genutzt werden (stets nur während der Sommermonate) und es sich damit nicht um eine Umwandlung «warmer» in «kalte Betten» handelt, lässt sich diese Ausnahme rechtfertigen.⁸⁷

[Rz 44] Im Ständerat wurde eine noch wesentlich weiter gehende Lockerung nur knapp abgelehnt. Gemäss einem Minderheitsantrag von Martin Schmid, Roland Eberle, René Imoberdorf, Filippo Lombardi und Georges Theiler hätte sich die Nutzung ausserhalb der Bauzonen abschliessend nach der Raumplanungsgesetzgebung richten sollen.⁸⁸ Aufgrund der Regelung der erweiterten Besitzstandsgarantie nach Art. 24c RPG hätte dies dramatische Fehlentwicklungen begünstigt. Etliche vor dem 1. Juni 1972 erstellte landwirtschaftliche Wohnbauten sowie angebaute

⁸² Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2308.

⁸³ Vgl. Frage Stefan Engler und Antwort Ivo Bischofberger (AB 2014 S 943). Ferner Martin Schmid (AB 2014 S 944f.).

⁸⁴ Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2308.

⁸⁵ Vgl. ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht — in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2004, S. 38 f.

⁸⁶ Art. 24d Abs. 3 lit b bzw. Art. 39 Abs. 3 RPV.

⁸⁷ Kritisch: WALDMANN(Fn. 8), S. 148; RUCH(Fn. 8), Art. 75b Rz. 39; DETTWILER(Fn. 51), S. 346.

⁸⁸ ZWG, Fahne Herbstsession 2014 Ständerat, Art. 10 Abs. 3 (www.parlament.ch > Suche > 14.023 > Anträge/Fahnen).

Ökonomiegebäude hätten — bei Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung — gar abgerissen, wiederaufgebaut und als «kalte Betten» verkauft werden können (Art. 24c Abs. 2—4 RPG).⁸⁹ Der ökonomische Druck hätte sich — in völligem Widerspruch zur landschaftsschützerischen Intention von Art. 75b BV — von den Bauzonen in die Landwirtschaftszone verlagert.

6. Umgang mit bestehenden Wohnungen

a. Grundsatz

[Rz 45] Der Umgang mit bestehenden Wohnungen wird in Art. 11—13 ZWG geregelt. Bundes- und Ständerat verzichten darauf, zwischen bestehenden Erst- und Zweitwohnungen zu unterscheiden. Als altrechtliche Wohnungen gelten Wohnungen, die am Tag der Annahme der Zweitwohnungsinitiative — 11. März 2012 — rechtmässig bestanden oder bewilligt waren (Art. 11 ZWG). Altrechtliche Wohnungen sind in der Art der Wohnnutzung frei, sofern das kommunale oder kantonale Recht nichts anderes regelt (Art. 12 Abs. 1 ZWG). Keine spezielle Regelung sieht das ZWG für den Fall vor, dass eine Gemeinde die 20-Prozent-Quote erst nach der Annahme der Initiative überschritten hat bzw. überschreitet.⁹⁰

[Rz 46] Eingeschränkt wird der Grundsatz der freien Umnutzbarkeit altrechtlicher Wohnungen in Art. 13 ZWG: «Die Kantone und Gemeinden ergreifen bei Bedarf die Massnahmen, die nötig sind, um Missbräuche und unerwünschte Entwicklungen zu verhindern, die sich aufgrund einer unbeschränkten Nutzung altrechtlicher Wohnungen zu Zweitwohnzwecken ergeben können» (Abs. 1). Die Anhäufung offener Rechtsbegriffe lässt jedoch erahnen, dass dieser diffuse Korrekturmechanismus, der die Kantone und Gemeinden zu nichts verpflichtet, kaum Wirkung zeigen wird.⁹¹ In Abs. 2 wird es nicht konkreter. Es wird bloss dargelegt, dass die Kantone die Umnutzung bisheriger Erstwohnungen (sowie die Änderungs- und Erweiterungsmöglichkeiten) stärker einschränken und der Baubewilligungspflicht unterstellen können.

[Rz 47] Der Bundesrat begründet die freie Umnutzbarkeit altrechtlicher Wohnungen mit der (erweiterten) Besitzstandsgarantie.⁹² Das Abstellen auf die Besitzstandsgarantie überzeugt indes nur mit Blick auf bestehende Zweitwohnungen⁹³; es lässt sich aus der Eigentumsgarantie ableiten, dass diese auch in gesättigten Gemeinden als solche beibehalten und erhalten werden dürfen.⁹⁴ Mit Blick auf bestehende Erstwohnungen zeigt sich jedoch ein anderes Bild. Die Umwandlung einer rechtmässigen Nutzung (Erstwohnungsnutzung) in eine inzwischen rechtswidrig gewordene Nutzung (Zweitwohnungsnutzung) wird von der Besitzstandsgarantie nicht erfasst. Denn diese schützt nur den bisherigen, aufgrund einer Rechtsänderung rechtswidrig gewordenen Besitzstand.⁹⁵

[Rz 48] Im Abstimmungskampf war weitgehend unbestritten, dass die Umnutzung altrechtlicher

⁸⁹ Vgl. GRIFFEL(Fn. 85), S. 125 f.

⁹⁰ Vgl. dazu RUCH(Fn. 8), Art. 75b Rz. 46; DETTWILER(Fn. 51), S. 348

⁹¹ Im Übrigen ist die Regelung auch sprachlogisch verunglückt: Ist die «Notwendigkeit» gegeben, so kann kein Ermessen bestehen. Es verbleibt also kein Raum für das einschränkende «bei Bedarf».

⁹² Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2323.

⁹³ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2323.

⁹⁴ GRIFFEL(Fn. 9), S. 76.

⁹⁵ Vgl. WALDMANN(Fn. 8), S. 150; RUCH(Fn. 8), Art. 75b Rz. 41. In Bezug auf eine kommunale Zweitwohnungsbeschränkung: Urteil des Bundesgerichts 1P.415/1998 vom 1. Juni 1999, E. 3d, in: RDATA 2000, Nr. 23, S. 399 f.

Erstwohnungen von Art. 75b erfasst wird und damit im Grundsatz unzulässig ist.⁹⁶ Dies lässt sich schon direkt aus Art. 75b Abs. 1 BV ableiten. Als Rechtsfolge der konditionalen Zweitwohnungsbeschränkung darf sich der Zweitwohnungsanteil in gesättigten Gemeinden nicht weiter erhöhen — und zwar hinsichtlich beider Tatbestandsvarianten. Eine Umwandlung erhöht aber sowohl die Anzahl der Zweitwohnungen als auch die zu Zweitwohnungszwecken genutzte Fläche.

[Rz 49] Eine freie Umnutzung bestehender Erstwohnungen ist denn auch nicht mit den Zielen von Art. 75b BV vereinbar: Werden Erstwohnungen als Zweitwohnungen verkauft, besteht die eminente Gefahr unerwünschter raumplanerischer Entwicklungen. Insbesondere ergeben sich aufgrund der neuen Knappheit an «kalten Betten» beträchtliche Anreize, dass Erstwohnungen in Dorfkernen als Zweitwohnungen verkauft werden, während neue (Ersatz-)Erstwohnungen auf bisher noch unüberbauten Grundstücken an der Peripherie entstehen (sog. Donut-Effekt).⁹⁷

[Rz 50] Auch die sozioökonomischen Auswirkungen sind mit Blick auf die Zielsetzung von Art. 75b BV hoch problematisch. Wegen der Verknappung des Zweitwohnungsmarkts wird sich im Rahmen der altrechtlichen Erstwohnungen ein neuer «Ausweichmarkt» entwickeln.⁹⁸ Der Wert bestehender Erstwohnungen wird ansteigen⁹⁹, mit unerwünschten Folgen für Mieter und Ortsansässige, die sich ein Eigenheim leisten möchten. Ohne zusätzliche Massnahmen würde der Wohnraum für die lokale Bevölkerung wohl noch stärker verknappt werden, als dies ohne die Annahme der Zweitwohnungsinitiative der Fall gewesen wäre.¹⁰⁰

[Rz 51] Der Grundsatz der freien Umnutzbarkeit überrascht aber auch vor dem Hintergrund von Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG, wonach die Kantone verpflichtet sind, sich im Richtplan der Zweitwohnungsproblematik anzunehmen. Der Bundesrat hätte diese Festsetzungen anlässlich der Genehmigung des Richtplans gemäss Art. 11 Abs. 1 RPG überprüfen können (vgl. Rz 15). Noch vor Annahme der Zweitwohnungsinitiative hielt das ARE die Kantone dazu an, die Umnutzung bestehender Erstwohnungen weitgehend einzuschränken: Als «Voraussetzungen zur Genehmigung der Nutzungsplanungen der Gemeinden» sollten die Kantone im Richtplan bestimmen, dass die Gemeinden Bedingungen für die Umwandlung von Erst- in Zweitwohnungen festzulegen haben. Vorgeschlagen wurde die Formulierung: «Eine solche Umwandlung ist im Grundsatz nur möglich, wenn zumindest eine teilweise Bewirtschaftung sichergestellt ist.»¹⁰¹ Dass der Umgang mit bestehenden Erstwohnungen nun nach Annahme der Initiative wieder allein den Kantonen und Gemeinden überlassen werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

[Rz 52] Der Bundesrat hat die Problematik erkannt, wenn er in seiner Botschaft festhält: «Könnten [...] bestehende Wohnungen beliebig zu Zweitwohnungen umgenutzt werden, würde eine Ent-

⁹⁶ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 8767; Fondation Franz Weber/Helvetia Nostra (Fn. 80), S. 26; Überparteiliches Komitee «Nein zur Zweitwohnungsinitiative», Argumentarium, S. 4 (www.parlament.ch) > Dokumentation > Dossier A—Z > Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen > Volksinitiative > Parlamentsdienste: Argumentarien contra); Economiesuisse, Starres Bundesdiktat hemmt Entwicklung, dossierpolitik 6. Februar 2012 I, S. 1, 4.

⁹⁷ DANIEL MÜLLER-JENTSCH, Detroit in den Alpen?, in: NZZ 8. Juni 2012, S. 14; RÜTTER UND PARTNER, Wirkung der eidgenössischen Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen», Rüschlikon 2008, S. 51.

⁹⁸ Vgl. MÜLLER-JENTSCH (Fn. 97), S. 14.

⁹⁹ ECOPLAN, Nachhaltigkeitsbeurteilung (NHB) des Zweitwohnungsgesetzes — auf Basis des Gesetzesentwurfs gemäss Botschaft des Bundesrates, im Auftrag des Bundesamts für Raumentwicklung ARE, Bern 2014, S. 49 f.

¹⁰⁰ Vgl. ECOPLAN (Fn. 99), S. 52.

¹⁰¹ ARE, Planungshilfe (Fn. 43), S. 19. Die Planungshilfe ist nicht strikt verbindlich. Aber andere Massnahmen als die vorgeschlagenen sind nur zulässig, wenn sie «rechtmässig» sind. In Verbindung mit der Genehmigung der Richtpläne kommt der Planungshilfe damit grosses Gewicht zu.

wicklung begünstigt, die der Zielrichtung des Verfassungsartikels entgegenläuft.»¹⁰² Es erscheint damit nicht plausibel, dass Umnutzungsbeschränkungen gänzlich im Ermessen der Kantone und Gemeinden liegen sollen. Diese Regelung erweist sich als nicht mehr verfassungskonform.¹⁰³ Aus Gründen der Verhältnismässigkeit und der Praktikabilität ist es hingegen angezeigt, eine Umnutzungsbeschränkung auf den Tatbestand des «Verkaufs» einzugrenzen und Änderungen der persönlichen Verhältnisse wie Erbgang, Wohnsitzwechsel oder Veränderungen der familiären Situation nicht zu erfassen.¹⁰⁴

b. Erweiterte Besitzstandsgarantie

[Rz 53] Im Rahmen einer erweiterten Besitzstandsgarantie sollen Wohnungen auch nach einem Umbau, Wiederaufbau und nach der Schaffung neuer Wohnungen innerhalb der bestehenden Hauptnutzfläche als altrechtliche Wohnungen bestehen bleiben (Art. 12 Abs. 2 ZWG)¹⁰⁵. Innerhalb der Bauzonen lässt sich eine bestehende Wohnung in der ständerätlichen Fassung gar um bis zu 30 Prozent (maximal 30 Quadratmeter) der Hauptnutzfläche erweitern (Art. 12 Abs. 2^{bis} ZWG). Ausserhalb der Bauzonen richtet sich die Erweiterungsmöglichkeit altrechtlicher Wohnungen nach dem RPG (Art. 12 Abs. 2^{bis} ZWG). Weitergehende Vergrösserungen sind nur in Verbindung mit der Grundbuch-Eintragung einer Nutzungsbeschränkung zulässig (Art. 12 Abs. 3 ZWG). Die Erweiterungsmöglichkeit wird vom Bundesrat mit Blick auf die (zweite) Tatbestandsvariante der zu Wohnzwecken genutzten Bruttogeschossfläche als unzulässig erachtet.¹⁰⁶ Und tatsächlich: Wenn durch die Beschränkung der Anzahl der Zweitwohnungen in gesättigten Gemeinden schon jede zusätzliche Erstellung von Zweitwohnungen verhindert wird, so müsste sich das alternative Kriterium — das auf die Nutzung zu Zweitwohnungszwecken referiert — auf die übermässige Erweiterung von Zweitwohnungen beziehen, um im Rahmen der Rechtsfolge eine eigenständige Bedeutung zu haben. Ansonsten wirkt sich das Kriterium nur auf die Frage aus, ob die Zweitwohnungsbeschränkung (räumlich) anwendbar ist (vgl. Rz 4).

[Rz 54] Solange es sich — analog zu anderen rechtswidrig gewordenen Bauten¹⁰⁷ — um die Möglichkeit einer geringfügigen Erweiterung handelt, ist dies aber mit Blick auf die (erweiterte) Besitzstandsgarantie im Grundsatz nicht zu beanstanden.¹⁰⁸

7. Sistierungsmöglichkeit

[Rz 55] Auf Gesuch der Eigentümerin bzw. des Eigentümers hin kann die Baubewilligungsbehörde Nutzungsbeschränkungen während einer bestimmten Dauer sistieren. Vorausgesetzt ist gemäss Art. 15 Abs. 1 ZWG, dass die Nutzungsbeschränkung infolge besonderer Umstände («wie Todesfall, Wohnsitzwechsel oder Zivilstandsänderung») nicht eingehalten werden kann (lit. a); oder, dass die Wohnung öffentlich ausgeschrieben und erfolglos nach Personen gesucht wurde,

¹⁰²Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2309.

¹⁰³Vgl. GRIFFEL(Fn. 9), S. 79 f.; RUCH(Fn. 8), Art. 75b Rz. 42, 47; DETTWILER(Fn. 51), S. 347 f.

¹⁰⁴GRIFFEL(Fn. 9), S. 79 ff.

¹⁰⁵Vgl. die Kritik bei RUCH(Fn. 8), Art. 75b Rz. 42; DETTWILER(Fn. 51), S. 348 f.

¹⁰⁶Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2309 f.

¹⁰⁷Vgl. Art. 24c RPG für zonenwidrige Bauten ausserhalb der Bauzonen.

¹⁰⁸GRIFFEL(Fn. 9), S. 79.

die die Wohnung gegen angemessenes Entgelt rechtmässig nutzen (lit. b).

[Rz 56] Die Sistierung nach Abs. 1 lit. b ist bei Nachweis, dass ihre Voraussetzungen weiterhin erfüllt sind, zu verlängern (Abs. 2).¹⁰⁹ Einzelheiten wie die Dauer und Verlängerung der Sistierungen, der Nachweis nach Abs. 1 lit. b und «insbesondere die Anforderungen an die öffentliche Ausschreibung der Wohnung» soll der Bundesrat in der Verordnung regeln (Abs. 4). Es liegt noch kein einschlägiger Verordnungsentwurf zu Art. 15 ZWG vor. Gemäss dem Wortlaut von Abs. 2 und den Erläuterungen in der Botschaft scheint sich die Verlängerung der Sistierung nach Abs. 1 lit. b aber unbeschränkt wiederholen zu lassen.¹¹⁰ Dies erweist sich mit Blick auf Art. 75b BV als problematisch.

[Rz 57] Das Sistierungsmodell des ZWG überzeugt nicht gänzlich. Es ist angemessen, dass eine Sistierung in bestimmten Situationen, die vom Eigentümer bzw. der Eigentümerin nicht zu beeinflussen sind — wie anlässlich eines Todesfalls in der Familie — gewährt wird, ohne dass sofort ein rechtmässiger Nutzer bzw. Mieter gefunden werden muss. Bei plan- und absehbaren Änderungen der persönlichen Lebenssituation — wie bei einem Arbeits- und Wohnsitzwechsel oder einer Zivilstandsänderung — ist dies in der Regel jedoch nicht angemessen. In diesen Fällen kann eine Sistierung nur zulässig sein, wenn kumulativ auch die Voraussetzung nach Abs. 1 lit. b erfüllt ist (d.h., wenn kein Mieter bzw. keine Mieterin gefunden wird). Für Erstwohnungen und Einliegerwohnungen darf es überdies generell keine Sistierungsmöglichkeit nach Abs. 1 lit. b geben, die unabhängig vom Vorliegen besonderer Umstände nach Abs. 1 lit. a gewährt wird: an die (auch nur zeitweilige) Umwandlung von Erstwohnungen in «kalte Betten» müssen besonders hohe Anforderungen gestellt werden. Es darf für eine Sistierung keinesfalls ausreichen, dass sich nach einem Neubau einer (möglicherweise gar als Zweitwohnung konzipierten) Erstwohnung keine Mieter bzw. Käufer finden. Ansonsten liesse sich die 20-Prozent-Beschränkung faktisch aushebeln. In dieser Hinsicht erweist sich die aktuelle Ausgestaltung von Art. 15 Abs. 1 ZWG als (latent) verfassungswidrig.

[Rz 58] Die Voraussetzung nach Abs. 1 lit. a ist konzeptionell zudem bloss auf Erstwohnungen und Einliegerwohnungen ausgerichtet. Bezüglich der Sistierung bewirtschafteter Zweitwohnungen — also für Beherbergungsbetriebe und Eigentümer bzw. Eigentümerinnen von «Vertriebsplattform-Wohnungen» — dürfen persönliche Gründe keine Rolle spielen. Dort sollten für eine Sistierung nur objektive Gründe im Zusammenhang mit einer fehlenden Nachfrage zulässig sein. Allerdings kann dies zu dramatischen Fehlentwicklungen führen (Bau von bewirtschafteten Wohnungen, für die keine Marktnachfrage besteht, um sie dann langfristig sistieren — und als «kalte Betten» nutzen zu lassen). Sinnvollerweise sollten Anreize geschaffen werden, die bewirken, dass die Behörden die Voraussetzung von Abs. 1 lit. b streng handhaben.¹¹¹ So müsste Art. 15 ZWG um eine Regelung ergänzt werden, die sicherstellt, das Gemeinden für die Dauer, in der Sistierungen bewirtschafteter Wohnungen ein bestimmtes, tief zu haltendes Mass überschreiten, keine neuen bewirtschafteten Wohnungen bewilligen dürfen.

¹⁰⁹ Dabei ist jedes Mal eine Neueinschätzung des amtlichen Werts der Wohnung auf Kosten der Gesuchstellerin bzw. des Gesuchstellers vorzunehmen (Abs. 3).

¹¹⁰ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 25), S. 2311.

¹¹¹ Zu den Gefahren einer zu wenig strikten Handhabung der Sistierung vgl. DEUBER/TROMM (Fn. 57), S. 37.

8. Vollzug, Strafbestimmungen und Intertemporalrecht

a. Vollzug

[Rz 59] Die Regelung des Vollzugs wird zu weiten Teilen den Kantonen überlassen. Das ZWG bestimmt aber, dass die Kantone eine Aufsichtsbehörde einzurichten haben (Art. 16 ZWG). Weiter werden Meldepflichten der Einwohnerkontrolle und des Grundbuchamts festgeschrieben (Art. 17 ZWG). Bei unrechtmässiger Nutzung einer Wohnung mit Nutzungsbeschränkungen kann die zuständige Behörde eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in Verbindung mit der Androhung einer Ersatzvornahme und einer Strafe nach Art. 292 StGB ansetzen (Art. 18 Abs. 1 ZWG). Verstreicht diese Frist, so kann sie die Benutzung der Wohnung untersagen und die Wohnung versiegeln (Abs. 2). Die Behörde darf eine Wohnung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auch vermieten (Abs. 3). Es werden jedoch keine Kontrollmodalitäten für die Nutzungsbeschränkungen statuiert (vgl. Rz 20).

[Rz 60] Der vom Ständerat neu eingefügte Art. 21 ZWG Abs. 0 hält fest, dass sich Ausschreibungen von Baubewilligungsgesuchen und die Mitteilung von Baubewilligungsentscheiden abschliessend (mit Ausnahme von Art. 112 Abs. 4 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG]) nach kantonalen Vorgaben richten. Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass sich für den Modus der Publikation von Zweitwohnungs-Baugesuchen bzw. entsprechenden Entscheidungen aus Art. 12b Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG) nichts ableiten lässt.¹¹²

b. Strafbestimmungen

[Rz 61] Um die Beachtung der Nutzungsbeschränkungen sicherzustellen, sieht das ZWG in Art. 22 und 23 ZWG Strafbestimmungen vor. Vorsätzliche Missachtung einer Nutzungsbeschränkung wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe geahndet (Art. 22 Abs. 1 ZWG). Fahrlässige Missachtung der Nutzungsbeschränkung sanktioniert das ZWG mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen (Abs. 2) bzw. 90 Tagessätzen, wenn die Nutzungsbeschränkung anschliessend widerrufen wird (Abs. 3). Unrichtige oder unvollständige Angaben bzw. das arglistige Benutzen eines Irrtums der Behörden im Zusammenhang mit einer Nutzungsbeschränkung werden analog geahndet: Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bei Vorsatz (Art. 23 Abs. 1 ZWG) und Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bei Fahrlässigkeit (Abs. 2).

c. Intertemporalrecht

[Rz 62] In Art. 26 ZWG werden Übergangsbestimmungen statuiert. Das ZWG ist auf alle Baugesuche anwendbar, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ZWG noch nicht erstinstanzlich oder rechtskräftig entschieden sind (Art. 26 Abs. 1 ZWG).

[Rz 63] Art. 26 Abs. 2 ZWG regelt den Fall, dass sich der Zweitwohnungsanteil einer Gemeinde auf unter 20 Prozent verringert: Dann hebt die Baubewilligungsbehörde — auf Gesuch der Eigentümerin oder des Eigentümers hin — eine allfällige Nutzungsbeschränkung auf und weist das Grundbuchamt an, die betreffende Anmerkung auf dem Grundbuchblatt des betroffenen Grundstücks zu löschen. Es macht Sinn, die Aufhebung nur auf Gesuch hin zuzulassen. Die Zweit-

¹¹²Vgl. Voten von Ivo Bischofberger und Martin Schmid (AB 2014 S 969).

wohnungsquote einer Gemeinde kann sich in der Folge nämlich — durch die Vermietung und den Verkauf von (bisher nutzungsbeschränkten) Erstwohnungen als «kalte Betten» — auch ohne neue Bautätigkeit wieder rasch erhöhen.

[Rz 64] Schliesslich legt Art. 26 Abs. 3 ZWG fest, dass die vor dem 31. Dezember 2012 gemäss jeweiligem kantonalem Verfahrensrecht rechtskräftig erteilten Baubewilligungen «gültig» bleiben. Baubewilligungen, die den «harten Kern» des Zweitwohnungsverbots verletzen, waren allerdings gar nie «gültig», sie konnten nur (aber immerhin) in vielen Fällen nicht mehr widerrufen werden.¹¹³

[Rz 65] Ebenso sieht Art. 26 Abs. 4 ZWG vor, dass die nach dem 1. Januar 2013 gemäss jeweiligem kantonalen Verfahrensrecht bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes erteilten Baubewilligungen gültig bleiben, «soweit sie sich auf die Zweitwohnungsverordnung abstützen». Die Zweitwohnungsverordnung gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings nur, soweit sie verfassungskonform ist.¹¹⁴ Diese Regelung ist damit nicht kompatibel.

IV. Fazit

[Rz 66] Der Bund verfügt seit Annahme der Zweitwohnungsinitiative über eine umfassende Rechtsetzungskompetenz im Bereich der Beschränkung von Zweitwohnungen. Im Rahmen der Umsetzung von Art. 75b BV spürt man davon wenig. Der Gesetzgeber beschränkt sich darauf, Ausnahmen zum verfassungsmässigen Zweitwohnungsverbot zu definieren. An vielen Stellen überschreitet er dabei seinen Regelungsspielraum deutlich. Ausdrücklich genannt seien die Regelungen betreffend die «Vertriebsplattformwohnungen» (vgl. Rz 30), das Erstellen neuer Zweitwohnungen mit «kalten Betten» (vgl. Rz 33), die Umwandlung von bloss erhaltenswerten Bauten in «kalte Betten» (vgl. Rz 41) sowie die freie Umnutzbarkeit bestehender Erstwohnungen (vgl. Rz 52).

[Rz 67] Wie schon der Bundesrat in seinem Entwurf hat auch der Ständerat darauf verzichtet, Anreize für die Umwandlung «kalter» in «warme Betten» zu schaffen, Minimalregelungen für einen griffigen und praktikablen Vollzug zu statuieren oder sich des raumplanerischen Instrumentariums zu bedienen, um den Willen des Verfassungsgebers umzusetzen. Stattdessen schafft er mit dem ZWG etliche Fehlanreize: Die praktisch freie Umnutzbarkeit bestehender Wohnungen wird die Erstwohnungspreise und den Landverschleiss in «Zweitwohnungs-Hotspots» weiter anheizen. Die Möglichkeit, Hotels als «erhaltenswerte Bauten» umzunutzen, verhindert, dass nachhaltige Lösungen bzw. Modelle für den Erhalt «warmer Betten» entwickelt werden (müssen), und die kaum kontrollierbaren «Vertriebsplattform-Wohnungen» werden zwar Bautätigkeit und Kontrollaufwand auslösen, aber auch schnell «abkühlen». Wird die Sistierungsregelung nicht verbessert, wird diese Voraussage wohl auch bezüglich etlicher Erst- und Einliegerwohnungen zutreffen. Mit Blick auf die Ziele von Art. 75b BV dürfte sich damit vieles gar verschlechtern.

[Rz 68] Es bleibt der Eindruck, dass diese Gesetzgebung weder mit Blick auf die Verfassung noch mit Blick auf die Zukunft der Tourismusregionen gemacht wurde. Im Fokus des Gesetzgebers standen wohl eher die Interessen der aktuellen Erstwohnungs- und Hotel-Eigentümer und des

¹¹³Vgl. BGE 139 II 243E. 11.3.

¹¹⁴Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_68/2014 vom 15. August 2014, publiziert in BGE 140 II 378, E. 5.

Baugewerbes als der Gedanke an die Zukunft der Hotellerie oder der Zweitwohnungsgemeinden als Wohnorte und attraktiver Lebensraum.¹¹⁵ Das ist sehr bedauerlich. Es bleibt zu hoffen, dass der Nationalrat zumindest nachbessert.

JONAS ALIG, MLaw, ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut (RWI) der Universität Zürich und nebenamtlicher Richter am Bezirksgericht Landquart.

¹¹⁵Vgl. DANIEL IMWINKELRIED, «Mit Bauen lässt sich die Tourismuskriese nicht überwinden», in: NZZ 8. November 2014, S. 23.